Mentes Penales
Revista Digital de Ciencias Jurídico Penales

Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

Año III | No. 2 | Abril -Mayo-Junio

Análisis de las excepciones a la prueba de referencia

Mtra. Rocío Laura Torón Hernández

UNIDAD ACADÉMICA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESIJ
ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN JUDICIAL
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

www.poderjudicial-gto.gob.mx

EDITORIAL PODER JUDICIAL
DIRECTORIO

Magistrado Héctor Tinajero Muñoz
Presidente

SALAS CIVILES

Magistrado Diego León Zavala
Primera Sala
Magistrada Ma. Elena Hernández Muñoz
Segunda Sala
Magistrada Laura Angélica Ángeles Zamudio
Tercera Sala
Magistrada Ma. Claudia Barrera Rangel
Cuarta Sala
Magistrada Martha Susana Barragán Rangel
Quinta Sala
Magistrado Fernando Reyes Solórzano
Sexta Sala
Magistrada Ma. Rosa Medina Rodríguez
Séptima Sala
Magistrado José Luis Aranda Galván
Octava Sala
Magistrado Roberto Ávila García
Novena Sala
Magistrada Carolina Orozco Arredondo
Décima Sala

SALAS PENALES

Magistrado Víctor Federico Pérez Hernández
Primera Sala
Magistrado Gustavo Rodríguez Junquera
Segunda Sala
Magistrado Alfonso Ernesto Fragoso Gutiérrez
Tercera Sala
Magistrada Cristina Cabrera Manríque
Cuarta Sala
Magistrado Francisco Aguilera Troncoso
Quinta Sala
Magistrado Daniel Federico Chowell Arenas
Sexta Sala
Magistrado Luis Alberto Valdez López
Séptima Sala
Magistrada Gloria Jasso Bravo
Octava Sala
Magistrado Plácido Álvarez Cárdenas
Novena Sala
Magistrado Miguel Valadez Reyes
Décima Sala

CONSEJEROS

Consejero Jorge Daniel Jiménez Lona
Ponencia 1

Consejero Pablo López Zuloaga
Ponencia 2

Consejera María de los Ángeles Camarena Soria
Ponencia 3

Director de la Escuela de Estudios
e Investigación Judicial
Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero

Titular de Investigaciones Jurídicas
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Comité Editorial de la Revista
Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero
Juez Lic. Rocío Carillo Diaz
Lic. Imelda Carbajal Cervantes
Lic. Héctor Carmona García
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Representante Legal
Lic. Héctor Carmona García

Editor responsable
Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero

Asistente editorial y corrector de estilo
Lic. Josué Arias Sánchez

Difusión
LCC. Nancy Elizabeth Hurtado Castro

Diseño editorial
LDG. Jesús Eleazar Rocha Pacheco
LDG. Hernán Rodríguez Luna

Presentadora invitada
Jueza Mtra. Liliana Martínez Sandoval

Escritora invitado
Mtra. Rocío Laura Torón Hernández

Indice

Año III | No. 2 | Abril- Mayo-Junio 2020 | *Revista Trimestral*

Preliminar 3

Declaraciones 4

Abreviaturas, latinismos y siglas empleadas 5

Presentación editorial 6
Mtra. Jueza Liliana Sandoval

Análisis de las excepciones a la prueba de referencia. 10
Mtra. Rocío Laura Torón Hernández

Introducción 12
I.- La Prueba de Referencia 14
1.- La prueba de referencia en el sistema adversarial.
2.-La prueba de referencia en México.
A.-Sistema inquisitivo en México, "testigo de oídas".
B.-La prueba de referencia en la actualidad y su problemática.
3.- El razonamiento para rechazar la prueba de referencia.
4.- Concepto de declaración extrajudicial como prueba de referencia.

II.- Excepciones a la prueba de referencia 27
1.-El razonamiento para las excepciones a la regla de prueba de referencia:
La garantía circunstancia de fiabilidad y la necesidad.
A.-La confiabilidad de la aseveración; criterio de garantías circunstanciales.
B.-La necesidad del proponente: el criterio de la indisponibilidad.
2.- Causas de indisponibilidad.
A.-El declarante ha fallecido o está imposibilitado a poder comparecer por razón de enfermedad o impedimento mental o incapacidad para declarar en juicio, (no disponibilidad de la persona testigo)..
B.- El declarante esta fuera de la vista.
C.-Declaración en peligro de muerte
D.-El declarante no está disponible por conducta indebida de la parte contraria

Conclusiones 39

Bibliografía 40

Mentes Penales, revista trimestral, Abril-Mayo-Junio 2020. Editor Responsable: Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero. Certificado de Reserva de Derechos al uso exclusivo otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04-2018-121417343300- 102. Número de Certificado de Licitud de Título y Contenido: (en trámite). Domicilio de la Publicación: Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de Guanajuato, Circuito Superior Pozuelos No.1, C.P. 36050, Guanajuato, Capital. Imprenta: Impresos del Bajío S. A. de C. V, Blvd. Juan Alonso de Torres Pte. 805, La Alameda, 37210 León, Gto. Distribuidor: Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de Guanajuato, Circuito Superior Pozuelos No.1, C.P. 36050, Guanajuato, Capital.

Preliminar

Poder Judicial del Estado de Guanajuato

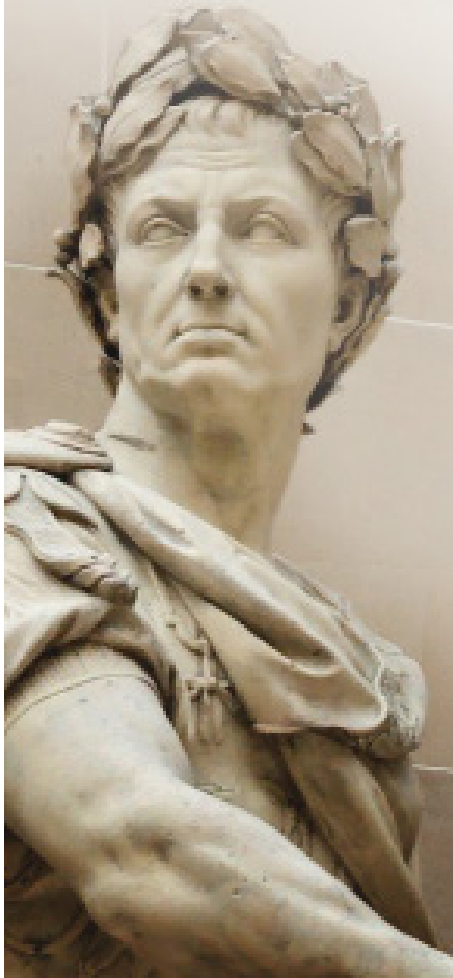
Mentes Penales es una revista trimestral, de un solo artículo sobre temas de ciencias jurídico penales escrita por varios autores y a cargo de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

Su propósito es difundir el conocimiento científico jurídico a través de la publicación de resultados de investigación aplicada en la que se propongan soluciones a problemas reales.

Los temas de análisis se obtienen de la praxis jurisdiccional y se propone una solución adoptando postura, no limitándose en la explicación del estado actual del problema.

Los contenidos de los artículos son exclusivamente responsabilidad de sus autores y no representan la postura oficial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra con la condición de que se precise la fuente, el autor y la creación en Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.



Declaraciones

Poder Judicial del Estado de Guanajuato

Mentes Penales
Revista Digital de Ciencias Jurídico Penales

I.- La revista digital mentes penales sigue una metodología propia para todos los trabajos de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

II.- Se asegura la publicación de réplicas científicas a los trabajos siempre y cuando verse sobre el tema principal del texto replicado, la extensión sea de 15 páginas máximo y satisfagan los requisitos metodológicos propios de investigaciones jurídicas que constan en el micrositio poderjudicial-gto.gob.mx/index.php?module=uaij.

III.- La revista publica artículos de invitados y de todo aquel interesado en difundir el resultado de sus investigaciones, mismas que podrán enviar libremente al correo electrónico investigaciones.juridicas@poderjudicial-gto.gob.mx.

Los trabajos enviados serán evaluados por el personal académico de la Escuela Judicial, bajo la modalidad de referato doble ciego (peer review double blind) en la que el examinador y el autor no se conocen entre sí.

El envío de la investigación implica la declaración formal del remitente de que el artículo es inédito y de su autoría; así como que sabe y acepta ceder, de manera irrevocable, los derechos de autor al Poder Judicial del Estado de Guanajuato. Asimismo asume, la responsabilidad de potenciales daños que su escrito pudiera causar, desligando a Investigaciones Jurídicas y al Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

IV.- Está prohibido el uso de lenguaje género-sensitivo y alusiones discriminatorias, salvo que sean usadas a manera de ejemplo de lo que no debe ser o sean objeto de estudio.

Abreviaturas, latinismos y siglas empleadas

CPEUM.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Cfr.	Confrontar
Dr. Jur.	Doctor en derecho
EUA.	Estados Unidos de América
LCC.	Licenciada en comunicación social
LDG.	Licenciado en diseño gráfico
Lic.	Licenciado en Derecho
Mtro.	Maestro
p.	Página
pp.	Páginas
Vid.	Ver
Vid en extenso	Ver Ampliamente

Jueza Mtra. Liliana Martínez Sandoval *

Presentación Editorial

En esta edición de la revista Mentes Penales, se presenta un artículo realizado por la jurista Rocío Laura Torón Hernández, abogada, especialista en derecho penal y sistema penal acusatorio por la Escuela Libre de Derecho, quien en el ámbito profesional, ha desempeñado diversos puestos dentro de la Administración Pública Federal, donde estuvo como Coordinadora de Defensores de Oficio dentro de la Unidad de Política y Recursos Humanos de la Secretaría de la Función Pública, en el año 2018.

Así también, fue encargada en la extinta Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de Delitos (actualmente denominada Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas) dentro de la Dirección General de Procesos Penales y Amparo, de los procesos penales acusatorios. En el periodo comprendido de 2011-2012.

Fue asesora parlamentaria dentro de la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. En el periodo comprendido de 2009-2010.

Actualmente se desempeña como abogada postulante en materia Penal y es profesora adjunta de la materia de Proceso Penal Acusatorio en la Escuela Libre de Derecho.

En su trabajo se aborda el tema de la prueba de referencia en el sistema adversarial, en el que se explica las razones de peso por

* Juez penal del sistema acusatorio y oral del Estado de Guanajuato. Licenciada en derecho por la Universidad de Guanajuato y con estudios terminados en maestría de derecho judicial impartida en la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Poder Judicial.

las cuales esta debe excluirse, debido a que impide realizar un test de fiabilidad al testigo en las siguientes áreas: 1) En la percepción, 2) En la memoria, 3) En la narración y 4) En la sinceridad, mismas que si pueden analizarse: a) con el juramento del testigo de decir verdad, b) cuando el testimonio se rinde ante la presencia de la persona que se acusa, c) con el contrainterrogatorio del testigo y d) en presencia del juzgador.

Así también, estudia lo relativo a como es concebida la prueba de referencia en el sistema jurídico mexicano, en el que con base en el artículo 20 apartado a) fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se contiene una regla de exclusión de la prueba de referencia, pues con base en este precepto constitucional, para efectos de la sentencia, solo se consideraran como pruebas, aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, admitiéndose como casos de excepción: 1) la prueba anticipada y 2) la incorporación de registros de investigación en los casos de delincuencia organizada, ante la salvaguarda de los principios rectores del sistema procesal penal adversarial como son: la inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.

Se analiza cómo era concebida la prueba de referencia o testimonio de oídas en el sistema procesal inquisitivo en México, en el que al establecerse un sistema de valoración tasado de los testimonios, se consideraba que dichos testimonios carecían de toda eficacia probatoria, sin embargo, cabe señalar que la información que era obtenida en ese sistema no pasaba bajo los principios de inmediación y contradicción de los medios de prueba, por lo que prácticamente en etapa de juicio se reproducían los registros que fueron obtenidos sin la presencia de la parte en contra de la cual iban dirigidos, lo que imposibilitaba ejercer una verdadera contradicción y sin la presencia del juzgador, lo que imposibilitaba también realizar un test de fiabilidad a dichos testimonios.

En el artículo en comento también se aborda el tema de la prueba de referencia en la actualidad y su problemática, debido a que la misma está expresamente prevista en el artículo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que en la practica suele interpretarse de manera gramatical, cuando su interpretación debe realizarse de manera sistemática debido a que quien pretenda incorporar registros previos

a la audiencia de juicio oral en donde se contengan entrevistas de testigos, peritos o coinculpados debe acreditar: 1) La indisponibilidad del testigo y a su vez, 2) Debe presentar el testimonio de quien tomó la entrevista.

En el texto se contienen razonamientos o argumentos de peso para rechazar la prueba de referencia, en atención a la falta de: 1) juramento del testigo, 2) la presencia del juez al momento de declarar el testigo, 3) la disponibilidad del testigo para ser contrainterrogado por las partes en el proceso. Lo anterior, imposibilita analizar la narración del evento, la percepción del evento, el recuerdo del evento y la sinceridad del declarante, que si permite analizarlos la inmediación y contradicción de los medios de prueba.

La prueba de referencia presenta riesgos y peligros en el área de percepción respecto a la oscuridad, tiempo de observación, distancia, problemas visuales, alcoholismo o drogadicción del testigo que imposibilitan su impugnación por la parte en contra de quien va dirigida la información, también presenta esos riesgos o peligros en el área de la memoria del testigo en relación con el paso del tiempo, el estado o condición del testigo al momento de que percibió los hechos, por causas orgánicas y por la poca percepción que pudo haber tenido del hecho, que también se impiden evidenciar con la prueba de referencia. La prueba de referencia también presenta riesgos de ambigüedad en la narración ante las imprecisiones o errores dentro de la narración verbal o escrita del testigo o expresiones en doble sentido y también presenta riesgos de analizar la sinceridad, derivada de lazos de parentesco o amistad, intereses económicos, lealtad, gratitud, obtención de inmunidad, temor o intimidación.

También se aborda el tema del concepto de declaración extrajudicial como prueba de referencia.

En un segundo segmento, se analizan los casos de excepción a la prueba de referencia, con base en garantías circunstanciales de confiabilidad y de necesidad, derivada de la no disponibilidad del declarante.

Detalladamente se exponen las causas de indisponibilidad del testigo, tales como: 1) El declarante esta exento de testificar por razón de un privilegio reconocido por el Tribunal, 2) El declarante se rehúsa a testificar, 3) El declarante manifiesta no recordar nada sobre el asunto u objeto de su declaración, 4) El declarante ha fallecido o esta imposibilitado a poder comparecer por razón de enfermedad, impedimento mental o incapacidad para declarar en juicio, 5) El declarante esta fuera de la vista, y 6) El declarante no está disponible por conducta indebida de la parte contraria.

La autora analiza con mesura los supuestos previstos en el artículo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales relativos a: el fallecimiento del testigo, perito o coinculpado, la imposibilidad de declarar en juicio por causas de enfermedad, incapacidad de rendir testimonio o incapacidad mental, así como los supuestos bajo los cuales el testigo no comparece a juicio a declarar por una conducta indebida de la parte contraria, para lo cual es necesario que el promovente de la prueba de referencia acredite: 1) el acto ilegal, 2) la intención y 3) la causa.

Sin duda alguna, el artículo en comento es de una utilidad de gran valor para los operadores del sistema penal de corte acusatorio, estudiantes de derecho y público en general.

Guanajuato, Guanajuato. Abril de 2020.

Mtra. Rocío Laura Torón Hernández *

Análisis de las excepciones a la prueba de referencia

Resumen: En este trabajo se da una breve explicación del contenido del artículo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en relación a la regla de prueba de referencia desde el punto de vista del *Common law.* La idea general es que la evidencia de referencia no debe ser admitida, por no ser confiable. Sin embargo, al construirse la regla también se fueron creando las excepciones con el paso del tiempo, al verse los casos concretos. La lucha en el litigio de los abogados defensores será tratar de argumentar la no confiabilidad que tiene un testimonio de referencia, que viola los principios de inmediación y contradicción. Por su parte, los Ministerios Públicos y, en su caso, los asesores de las víctimas, deberán sostener las razones de una excepción de necesidad y confiabilidad.

Abstrac: In this article we will give a brief explanation about the content in article 386 of the National Code of Criminal Procedures (Código Nacional de Procedimientos Penales),specifically in relation to the reference proof rule in common law's point of view. The general idea is that proof through reference should not be admitted, as it is not reliable. However,from the time the reference proof rule was constructed till now, exceptions have been made as it has been applied to specific cases. In this case the challenge for defense lawyers has been to argue the unreliability of a reference testimony, which violates the principle of immediacy and contradiction; and, on behalf of the Public Ministries (Ministerios Publicos), and in its case the advisors of the victims, theconstructing ofsupporting arguments that validatenecessity and reliability.

Zusammenfassung: Diese Arbeit enthält eine kurze Erläuterung des Inhalts von Artikel 386 der Nationalen Strafprozessordnung in Bezug auf die Benchmark-Testregel aus Sicht des Gewohnheitsrechts. Die allgemeine Idee ist, dass die Referenznachweise nicht zugelassen werden sollten, da sie nicht zuverlässig sind. Bei der Erstellung der Regel wurden jedoch im Laufe der Zeit auch Ausnahmen erstellt, um die spezifischen Fälle zu berücksichtigen. Der Kampf in den Rechtsstreitigkeiten der Verteidiger wird darin bestehen, die Unzuverlässigkeit eines Referenzzeugnisses zu argumentieren, das gegen die Grundsätze der Unmittelbarkeit und des Widerspruchs verstößt. Die öffentlichen Ministerien und gegebenenfalls die Berater der Opfer werden ihrerseits der Grund für eine Ausnahme von Notwendigkeit und Zuverlässigkeit sein.

Résumé: Cet ouvrage donne une brève explication du contenu de l'article 386 du Code national de procédure pénale, par rapport à la règle de référence du point de vue de la common law. L'idée générale est que les preuves de référence ne devraient pas être admises, car elles ne sont pas fiables. Cependant, lorsque la règle a été créée, des exceptions ont également été créées au fil du temps, en fonction des cas spécifiques. La lutte dans le litige des avocats de la défense sera d'essayer de faire valoir le manque

* Abogada postulante especialista en derecho penal y sistema penal acusatorio por la Escuela Libre de Derecho.

de fiabilité d'un témoignage de référence, qui viole les principes d'immédiateté et de contradiction. De leur côté, les ministères publics et, le cas échéant, les conseillers aux victimes, seront à l'origine d'une exception de nécessité et de fiabilité.

Resumo: Este trabalho fornece uma breve explicação do conteúdo do artigo 386 do Código Nacional de Procedimentos Penais, em relação à regra do teste de referência do ponto de vista do direito comum. A idéia geral é que a evidência de referência não deve ser admitida, porque não é confiável. No entanto, quando a regra foi criada, também foram criadas exceções ao longo do tempo, observando os casos específicos. A luta no litígio dos advogados de defesa será tentar argumentar a falta de confiabilidade de um testemunho de referência, que viole os princípios de imediatismo e contradição. Por sua parte, os Ministérios Públicos e, quando apropriado, os assessores das vítimas, serão o motivo de uma exceção de necessidade e confiabil.

Introducción

En la práctica se está utilizando demasiado lo que se denomina evidencia de referencia en el *Common Law,* pero sin conocer su origen, ni el porqué de sus excepciones. Este tema es uno de los más difíciles en la legislación,doctrina y práctica en las cortes de los países anglosajones. Sin embargo, y no obstante que nuestro país tiene un sistema penal de corte acusatorio-adversarial hace no poco tiempo, se desconoce en qué casos se podría alegar una exclusión de pruebas por estar en el supuesto de la regla de referencia, y en qué casos se podría argumentar su excepción.

En el sistema procesal acusatorio adversarial mexicano, hay diversos dispositivos que permitirían construir la exclusión de evidencia de referencia desde un nivel constitucional, tomando como bases los principios de inmediación y contradicción. Pero también a nivel del Código Nacional de Procedimientos Penales, hay diversos artículos que también lo permitirían; sin embargo, en cuanto a sus excepciones solamente podemos encontrar el 386 en sus distintas fracciones; sin entrar al análisis de lo previsto constitucionalmente para Delincuencia Organizada, en donde considero que aplican reglas especiales propias de un Derecho Penal del Enemigo.

Resultan pues, cuestionables las excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia, puesto que nuestro máximo ordenamiento establece que sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo el caso de la prueba anticipada, sin hacer ninguna otra excepción, por lo que parecería que nos aplica la regla de exclusión a la prueba de referencia sin excepciones, lo que resultaría demasiado radical.

En este trabajo daré una breve explicación del contenido del artículo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en relación a la regla de prueba de referencia desde el punto de vista del *Common law*, previa explicación de sus antecedentes, comparación con el sistema inquisitivo, además de analizar las justificaciones para excluir la prueba de referencia en base a los riesgos y peligros que ésta implica; así mismo y a contrario sensu, el razonamiento para las excepciones a la regla de prueba de referencia en base a garantías

circunstanciales de confiabilidad y la necesidad; así como las excepciones a la exclusión de la prueba de referencia que reconoce el ya mencionado numeral 386.

La idea general es que la evidencia de referencia no debe ser admitida, por no ser confiable desde hace siglos, aproximadamente a finales del siglo XVI se construyó esa regla. Sin embargo, al construirse la regla también se fueron creando las excepciones con el paso de tiempo, al verse los casos concretos.

Cada excepción tiene su razón de ser, algunas tal vez una razón débil o fuerte de la misma. La doctrina norteamericana ha señalado que detrás de cada excepción existe una necesidad de uso y una garantía circunstancial de confiabilidad y ello ha tenido influencia en la forma de regular las reglas federales de evidencia.

La evidencia de referencia es un tema muy debatido en las cortes anglosajonas, y hasta la Corte Suprema de EUA regularmente se ocupa del tema, teniendo criterios controvertidos y cambiantes a lo largo del tiempo.

No obstante, lamento señalar que en la práctica mexicana existe un desconocimiento casi total del tema, existen testimonios de referencia que testifican lo que oyeron decir al testigo directo que percibió los hechos (testigos de oídas) y testimonios de referencia que declaran sobre lo que leyeron de entrevistas de testigos, prueba documental e informes periciales (testimonios de lectura de constancias de investigación).

Desde mi punto de vista, la lucha en el litigio de los abogados defensores será tratar de argumentar la no confiabilidad que tiene un testimonio de referencia, que viola los principios de inmediación y contradicción. Por su parte, los Ministerios Públicos y, en su caso, los asesores de las víctimas, será el sostener las razones de una excepción de necesidad y confiabilidad.

I.- La prueba de referencia

1.- La prueba de referencia en el sistema adversarial

El sistema adversarial, tiene como una de sus características principales el control de las partes respecto a la presentación de los medios probatorios y desahogo de pruebas, ya que son quienes tienen a su cargo el deber sobre el descubrimiento, ofrecimiento, admisión, así como la preparación e interrogatorio de los testigos en el juicio. Las normas procesales suponen que son las partes quienes deben sentar las bases, preparar los testigos y formular las objeciones procedentes a las pruebas del adversario. De tal manera, que la intervención del juez está reducida a la división de labores que caracteriza al sistema adversativo, es decir, estamos hablando de un control de partes. Así, se cumpliría con el objetivo del proceso penal de esclarecer los hechos, absolver al inocente, que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (artículo 20, A, fracción I de la CPEUM), en pocas palabras la búsqueda de la verdad. Con lo cual, desde luego, la sujeción que tienen los medios probatorios en el sistema acusatorio-adversarial al principio de racionalidad, ya que aspira a una adjudicación certera, justa y correcta de parte del juzgador, pero que debe ser controlado por las partes.

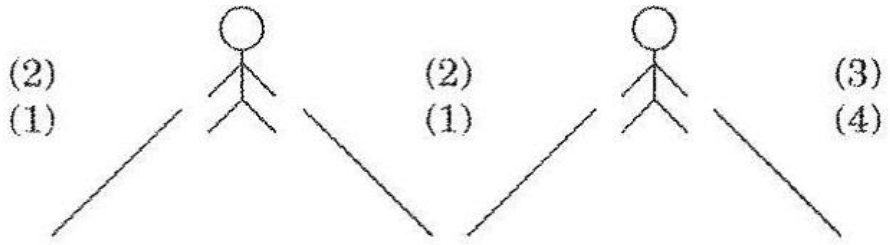
La prueba de referencia está estrechamente vinculada a la tradición del *Common law*, se dice que es un producto histórico del sistema anglo-americano de adjudicación de disputas, el cual se ha desarrollado y persistido, en donde su utilización como norma de exclusión o rechazo de medios probatorios es una característica paradigmática de dicho sistema.

En su origen en el derecho inglés, se caracterizó a la prueba de referencia como “cuento de un cuento”, es decir, como una historia que proviene de la boca de otro; características que permiten entrever la principal razón para la desconfianza que la prueba de referencia generaba, ya que un testigo o documento pretende transmitir al juzgador la declaración extrajudicial hecha por diversa persona. Desde su origen se ha considerado a la prueba de referencia particularmente sospechosa, en la medida que su proponente pretende descansar en la declaración de ese otro, que se encuentra ausente del juicio, donde debería estar sentado en la silla testifical.

Es así como la falta de confrontación en la prueba de referencia pone en manifiesto su falta de confiabilidad. Por tal motivo, su invocación en el contexto de un proceso supone un planteamiento respecto a que lo que debe proceder es su exclusión, ante una posible apreciación errónea de la prueba por parte del juzgador. De tal suerte, que se considera que las restricciones sobre la prueba de referencia son necesarias, ya que el juzgador podría dejarse impresionar por declaraciones extrajudiciales o bien, no saber manejar problemas de percepción, memoria, narración y sinceridad inherentes a ella.[1]

Me explico, la doctrina anglosajona ha sintetizado las posibles áreas donde un testimonio podría ser no fiable. Esas áreas son la percepción, la memoria, narración y sinceridad. Si uno analiza las formas de impugnar el testimonio del testigo laico se ocupan de alguna de estas áreas que pudieran resultar afectadas por el contrainterrogatorio. Y así se puede obtener una clasificación de las formas de impugnación.

La doctrina anglosajona ha representado gráficamente los problemas del testimonio de referencia (testigo de oídas), de las existentes seleccionamos la de Graham por ser la que mejor refleja la problemática.



Evento X | Declaración fuera de Juicio | Testimonio en Juicio

Los números representan las áreas de conflicto:
(1) Percepción
(2) Memoria
(3) Narración
(4) Sinceridad.

Claramente de la gráfica podemos evidenciar que el testimonio de referencia impide el test de fiabilidad del testigo que presenció los

1 Cfr. Carlson Michie R.: Evidence. Estados Unidos de Norteamérica. 1997. pp. 3 y 7.

hechos. Pero antes tenemos que explicar lo anterior, en el *Common Law* para hacer fiables los testimonios en juicio ha diseñado un test que implica varias cosas: a) El juramento de decir la verdad; b) Que el testimonio sea rendido ante la presencia de la persona que se acusa; c) El contrainterrogatorio del testigo, y d) En presencia del juzgador. El testigo origen de la referencia no puede pasar ninguno de estos test, ya que su declaración fue sin la protesta de decir verdad, sin la presencia de quien acusa, sin contrainterrogatorio y sin la presencia del juzgador. De ahí que se ha sostenido que no puede ser fiable el testimonio de referencia, o como se decía al principio de la creación de la regla un cuento de un cuento.

Esta regla de exclusión de evidencia de referencia en el *Common Law* tiene varias exenciones y excepciones, algunos autores señalan que no tiene sentido tener una regla que tiene tantas exenciones y excepciones. Las exenciones aplican cuando se estima que no entra dentro de la definición de evidencia de referencia y las excepciones responden a lo que Wigmore señaló tratando de entender las razones de cada una de ellas de garantías circunstanciales de fiabilidad y de necesidad. Se ha criticado dicha postura pero en términos generales se sigue como una forma de subrayar las razones que pueden ser leves o ilusas con las que si pueden sostenerse normalmente en un juicio racional.

2.- La prueba de referencia en México

La definición de prueba dentro del proceso penal mexicano, dentro del orden Constitucional, se encuentra prevista a partir de lo que dispone la fracción III, del numeral 20, Apartado "A" de la norma en cita que señala: «Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo», de donde resulta el legislador ser muy enfático y preciso, en el hecho de que sólo aquello que haya sido desahogado en juicio, con las excepciones previstas en la ley para el desahogo previo de la anticipada, será considerada como prueba, luego entonces remitiéndonos al análisis de la norma reglamentaria, nos dice el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 261, en lo conducente establece: «…Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como

2 Cfr. Velayos Martínez, M. I.: El testigo de referencia en el proceso penal. Vlencia España 1998. Ed. Tirant lo Blanch, p. 143.

medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.»[3.]

Luego entonces, el artículo es coincidente con el orden constitucional, en que prueba es aquella que, ingresada al proceso bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de Enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

Queda claro que prueba sólo es la de juicio, o bien, la que se desahoga con anterioridad a éste bajo ciertas circunstancias y requisitos expresamente previstos en la norma adjetiva, sin embargo, uno de los problemas que se presenta, cuando no obstante que la norma constitucional como se señaló, alude como única excepción a la prueba de juicio, aquella que se denomina como anticipada, prevista en los artículos 304 a 306 del Código Nacional de Procedimientos Penales, de donde se desprende que se reglamenta su pertinencia y desahogo antes de la audiencia de juicio, delante de un Juez de Control, ante quien debe demostrar el oferente o solicitante lo indispensable de su desahogo, en razón de existir alta probabilidad de no ser desahogada en aquella etapa procesal, en atención a no poder ocurrir el testigo a audiencia por motivos de vivir en el extranjero, por razones que hicieran temer su muerte o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar en un futuro, situación que habrá de plantearse desde la denuncia o querella hasta antes de la audiencia de juicio y que habrá de **desahogarse bajo las reglas de esta última etapa** y conservarse el registro de la misma, es decir, respetándose y aplicándose en todo momento los principios rectores del proceso penal, que son publicidad, **contradicción,** concentración, continuidad e **inmediación**[4]. Sin embargo, al margen de dicha excepción expresamente contemplada en el mandato constitucional, de que pruebas solo son las de juicio con su correspondiente citada excepción, el dispositivo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala:

> *Artículo 386. Excepción para la incorporación por lectura de declaraciones anteriores. Podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción,*

3 Cfr. Alcántara Vázquez, I.: Aspectos generales y sistemas de valoración de la prueba. La Prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Revista Nova Iustitia Digital de la Reforma Penal. México, V, No. 19, Mayo 2017; pp. 9-22 y 55.

4 Cfr. Alcántara Vázquez, I.: Aspectos generales y sistemas de valoración de la prueba…, pp. 9-22.

los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados, únicamente en los siguientes casos:

I. El testigo o coimputado haya fallecido, presente un trastorno mental transitorio o permanente o haya perdido la capacidad para declarar en juicio y, por esa razón, no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado, o

II. Cuando la incomparecencia de los testigos, peritos o coimputados, fuere atribuible al acusado.

Cualquiera de estas circunstancias deberá ser debidamente acreditada.

Lo que indudablemente es cuestionable, ya que trastoca el orden constitucional, esto es, fundamentalmente a los principios previstos en éste, para el desarrollo del proceso, a saber el de contradicción e inmediación, puesto que se interpreta de dicho dispositivo que otorga de un alcance probatorio y de convicción para una sentencia de juicio, al registro de investigación en muchas ocasiones obtenido por una persecución penal sin presencia de la parte contraria a quien afecta, pero sobre todo al margen del marco Fundamental, lo que resulta abiertamente cuestionable.

A.-Sistema Inquisitivo en México, "testigo de oídas"

Los testimonios de referencia a la mexicana fueron permitidos por el sistema preponderantemente inquisitivo que nos regía hasta hace pocos años, el criterio que prevalecía en el anterior sistema de admisión y valoración de este tipo de testigos siempre que fueran corroborados por otros medios de convicción, para nuestros tribunales esto era lo que les daba confiabilidad. Lo anterior, permitió a los ministerios públicos fabricar acusaciones porque se buscaba sólo corroborar con otros testimonios otros indicios que sostenían testigos de referencia.

PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL CUANDO LOS HECHOS SE CONOCEN POR REFERENCIA DE TERCEROS. SU VALORACIÓN.

El artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que para apreciar la prueba testimonial, el juzgador debe

considerar que el testigo: a) tenga el criterio necesario para juzgar el acto; b) tenga completa imparcialidad; c) atestigüe respecto a un hecho susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otro sujeto; d) efectúe la declaración de forma clara y precisa, sin dudas ni reticencias sobre la sustancia del hecho ni sobre las circunstancias esenciales; y, e) no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. En congruencia con lo anterior, se concluye que cuando en una declaración testimonial se aportan datos relevantes para el proceso penal, unos que son conocidos directa o sensorialmente por el deponente y otros por referencia de terceros -y que, en consecuencia, no le constan-, el relato de los primeros, en caso de cumplir con los demás requisitos legalmente establecidos, tendrá valor indiciario, y podrá constituir prueba plena derivado de la valoración del juzgador, cuando se encuentren reforzados con otros medios de convicción, mientras que la declaración de los segundos carecerá de eficacia probatoria, por no satisfacer el requisito referente al conocimiento directo que prevé el citado numeral[5].

Resulta evidente que en países con sistema de *Common law* ningún fiscal presentaría su caso con base en testimonio de referencia, salvo que tuviera una excepción bien sostenida en la ley y jurisprudencia.

Desafortunadamente para todos, el litigio mexicano por una costumbre adquirida de muchos siglos, el debate se está dando a la letra textual de la ley, y no en argumentos basados en principios y razones. En el *Common law* el debate se da exactamente al revés.

Se dice por quienes operaban el anterior sistema preponderantemente inquisitivo en México, que la aceptación de la evidencia de referencia fue un eslabón fuerte de su núcleo central de composición, puesto que incluso en su origen permitía la tortura del acusado y hasta de los testigos; y la etapa de juicio era sólo repetición de lo que había acontecido en las anteriores etapas con una contradicción muy débil, de ahí nació un principio de inmediatez (que establecía que las primeras declaraciones tenían mayor valor que las posteriores), ese principio fue muy utilizado hasta antes de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal.

5 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.: Novena Época. Registro: 173487. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia Enero de 2006. Tomo XXV. Materia(s): Penal. Numero de tesis: 1ª./J. 81/2006. Página: 356.

CONFESION. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.

De acuerdo con el principio de inmediatez procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores.[6]

Nota: Reitera tesis de jurisprudencia número 70, Apéndice de jurisprudencia 1917-1985, Segunda Parte, página 157.

INMEDIATEZ, VALIDEZ ABSOLUTA PARA TODAS LAS PRUEBAS DEL PRINCIPIO DE.

No es exacta la afirmación en el sentido de que el principio de inmediatez procesal tenga vigencia única y exclusivamente en tratándose de las declaraciones de los inculpados, pues ese principio tiene validez absoluta y relación con todos los elementos probatorios que se allegan al proceso, pues es lógico que las pruebas aportadas inmediatamente después de sucedidos los hechos, por su espontaneidad y falta de preparación, tengan un mayor valor probatorio que otros diversos elementos que expresamente se ofrezcan en el proceso para acreditar la inocencia de los inculpados.[7]

Esto es, el uso de evidencia de referencia era de lo más normal y común en la mayoría de los casos. Por ejemplo, en el sistema anterior los testigos o el inculpado empezaban su testimonio leyéndoles sus declaraciones anteriores para su ratificación o no, lo que hoy en día nos resultaría completamente descabellado, pero era una tendencia del proceso penal continental europeo.

B.- La prueba de referencia en la actualidad y su problemática

En el *Common law* la Reina María introdujo una legislación que permitía el uso de declaraciones anteriores de testigos en las cortes, que eran introducidas por lectura, aproximadamente a mediados del siglo XV, eso originó en el siglo XVI varios casos que se convirtieron en

6 Semanario Judicial de la Federación.: Época: Séptima Época. Registro: 245172. Instancia: Sala Auxiliar. Tipo de Tesis: Aislada.. Volumen 205-216, Séptima Parte. Materia(s): Penal. Página: 333.

7 Semanario Judicial de la Federación.: Séptima Época. Registro: 236269. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Volumen 50, Segunda Parte. Materia(s): Penal. Tesis: Tesis 284 página 563 y 78 página 171, de rubro “TESTIGOS, RETRACTACION DE.”. Tesis 79, página 173, de rubro “CONFESION, RETRACTACION DE LA.”. Página: 19. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1965, Segunda Parte, Primera Sala:

escándalos, generalmente políticos. En Inglaterra, el caso más sonado es el de Sir. Walter Raleigh, que fue juzgado con base a la legislación de la Reina María y condenado a muerte en 1618. El caso pronto fue reconocido como una evidencia, pero el movimiento por la exclusión de la evidencia de referencia comenzó a sentarse en la doctrina y en las cortes inglesas aproximadamente en 1670.. Ahí fue donde la esencia del proceso inquisitivo fue totalmente excluido del sistema anglosajón.[8]

Es nuestra costumbre y añoranza al sistema inquisitorial que nos permite utilizar la evidencia de referencia sin límite ni cuestionamiento, lo cual no tiene ningún sustento, salvo el antes citado artículo 386 en análisis, por lo que cuando se llegue a comprender será totalmente excluido comprendiendo la evidencia de referencia; mientras no lo entendamos, la regla de exclusión a la prueba de referencia y las excepciones, permaneceremos con un espíritu inquisitorial. Pero también su comprensión nos permitirá llevar a los juicios medios probatorios confiables a los juzgadores la evidencia de referencia es una evidencia que ha probado no ser confiable en muchos casos. Si un testigo que ha percibido directamente los hechos está sujeto a mucho cuestionamiento actualmente (psicología del testimonio, problemas de percepción o credibilidad) un testigo de referencia tiene el doble de cuestionamientos y problemas.

A la fecha, el recuerdo y tradición inquisitorial permite tener por válido el testimonio de referencia sin cuestionamiento alguno. Resulta por ello indispensable para todos los abogados cualquiera que sea el papel que tengan en el sistema, introducirse al estudio del tema de evidencia de referencia.

Una situación muy común, por experiencia propia y de otros colegas penalistas, es que los ministerios públicos, no en pocas ocasiones hacen montajes sobre las detenciones y construyen las narrativas de los hechos con un testigo falso, en donde generalmente dependen de ese testigo. Lo que hacen es tratar de no presentarlo para incorporar su testimonio por lectura o por testigo de referencia. El 386, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales permite la incorporación por lectura cuando por causa atribuible al imputado el testigo, coacusado o perito no se presenta. Y más aún, tratándose de delincuencia organizada, tienen además otra oportunidad de incorporar por lectura la entrevista ministerial al inicio del juicio, conforme al

8 Cfr. Pérez Bustamante, C.: El Conde de Gondomar y su intervención en el proceso de prisión y muerte de Sir Walter Raleigh. Discurso leído en la Solemne inauguración del Curso Académico de 1928 a 1929 en la Universidad de Santiago de Compostela, España. 1929; p. 47.

artículo 20, apartado B, fracción V, segundo párrafo de la Constitución.

De no funcionar los dos anteriores, ya en el desfile probatorio, la fiscalía ha intentado como prueba nueva presentar testimonio de referencia, esto es el fiscal o ministerio público que ha tomado la entrevista del testigo, para que éste declare sobre el contenido de la entrevista del testigo no disponible; usando el 390 del Código Nacional.

Desde mi punto de vista para aplicar cualquier excepción, se debe realizar una interpretación sistemática del 386, no gramatical, a efecto de respetar los principios que rigen nuestro sistema procesal, luego entonces, deberíamos entender que son dos testimonios, primero el que testifica dando cuenta de la indisponibilidad, es decir de la ausencia del testigo, perito o acusado se debió a que ha fallecido, se encuentra con un trastorno mental o incapacidad para poder declarar en juicio, o en razón de que una conducta dolosa del acusado impidió la comparecencia en juicio de un testigo. Y después, el testimonio de la persona que tomó la entrevista del testigo o coacusado ausente, o el que recibió el informe pericial. Claramente son dos pasos y no solamente como lo señala el primer párrafo del multicitado artículo 386 del código adjetivo, al establecer: "podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados". Es decir, no basta con la simple lectura o reproducción instantánea del registro, sino que tendrán que desahogarse, previo a la lectura o reproducción, los dos testigos a los que se acaba de hacer mención. Por ejemplo, en el caso que el testigo estrella de la fiscalía haya fallecido, antes de que se incorpore su entrevista a través de la simple lectura del fiscal, éste tendrá que presentar a un testigo al que le conste el fallecimiento y a través del cual se pueda incorporar el acta de defunción y, posteriormente, diverso testigo quien es el que en su momento le tomó la entrevista al difunto.

Existe una interpretación muy formalista de la ley, como en la Constitución que permite en caso de delincuencia organizada que las actuaciones realizadas en la fase de investigación tengan valor probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas, lo que en la práctica revela un criterio autoritario y no razones, con lo cual los posibles o supuestos integrantes de las organizaciones criminales se les pueden violar los principios de inmediación y contradicción por el simple hecho de ser juzgados por este delito (derecho penal del enemigo). Al menos en el *Common law* se otorgan razones para hacerlo en determinados casos, siempre y cuando éstos supuestos queden plenamente probados ante el tribunal de enjuiciamiento. A diferencia de lo que aquí ocurre por permitirlo la Constitución, en términos muy amplios, se puede pedir y si el juez lo admite se desahoga.

El problema que veo es que en nuestro sistema a veces se copiaron dispositivos de otros sistemas, pero nunca se explicaron las razones que soportaban estos dispositivos; eso es lo que debemos rescatar en el litigio.

3.- El razonamiento para rechazar la prueba de referencia

De acuerdo con la doctrina norteamericana, para entrar al debate sobre la exclusión de la prueba de referencia, se deben analizar tres condiciones ideales que tradicionalmente han existido en el sistema probatorio anglo-americano para avalar la credibilidad de un testigo, que son: el juramento, la presencia del juzgador al declarar el testigo y la disponibilidad de este para ser contrainterrogado por las partes en el proceso, dando vida con ello a una manifestación más plena de los principios de inmediación, contracción y oralidad que rigen en el sistema acusatorio adversarial; ya que su ausencia priva a la parte contra la cual se ofrece la declaración, la posibilidad de exponer las flflaquezas fly debilidades testimoniales en el declarante. En particular en la figura del contrainterrogatorio, pues esta condición está en el sistema anglo-americano, ya que se considera una cuestión medular de su naturaleza adversativa.

El fundamento para la exclusión de medios probatorios de referencia, es evitar que se admitan pruebas en las cuales está ausente el factor de fiabilidad del testimonio. De tal suerte, que por ejemplo el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha caracterizado la interacción entre la regla de prueba de referencia y los riesgos o peligros en cuatro áreas: 1) narración del evento, 2) percepción del evento, 3) recuerdo del evento, 4) sinceridad del declarante. Pues la posibilidad de que el declarante consciente o inconscientemente, falte a la verdad en alguna de dichas áreas, impone al juzgador la obligación de tomar esta prueba con cautela.[9]

Riesgos o peligros de la prueba de referencia:

- ***Percepción:***

Las personas al comparecer a juicio en calidad de testigos, llevan consigo su propia condición de seres humanos, con las ventajas y desventajas que ello implica, puesto que todos estamos en la posibilidad de cometer errores. Lo que incluye obviamente la

9 Vélez Rodríguez, E.: La Prueba de referencia y sus excepciones. Editorial InterJuris. Puerto Rico. 2010. pp. 5

capacidad para percibir en sus diferentes facetas (ver, oír, palpar, oler), en donde por su naturaleza humana existen limitaciones o problemas que enfrentan las personas en la percepción que pueden ser de diversa índole.

Algunas limitaciones pueden ser atribuibles al propio sujeto, otras más objetivas le conciernen a la propia percepción. Puede afirmarse que la capacidad de percepción de un testigo sobre un determinado asunto queda sujeta a diversos factores, tales como la oscuridad, tiempo de observación, distancia, problemas visuales, de alcoholismo o drogas.

Por ello, el ordenamiento evidenciario prevé como medio de impugnación el grado de capacidad del testigo para percibir, corroborando de esta manera la tesis respecto a los riesgos de la prueba de referencia; uno de los principales riesgos es la imposibilidad de ejercer tal medio de impugnación con el objeto de atacar la credibilidad de un testigo, lo cual no es posible en tratándose de una prueba de referencia, al no estar presente el declarante[10].

• ***Memoria:***

Son varias las razones que pudieran afectar el recuerdo de un testigo respecto al asunto objeto de su testimonio, tales como el pasar del tiempo, el estado o condición del testigo al momento que percibió los hechos, causas orgánicas y la poca percepción que pudo haber tenido del hecho, lo cual puede ocasionar fallas en la memoria de un testigo, lo cual no sería posible evidenciar ante la permisión de la prueba de referencia.

• ***Ambigüedad en la narración:***

Las imprecisiones o errores dentro de la narración verbal o escrita del testigo, así como expresiones en doble sentido, realizadas metafóricamente o con ironía, pueden resultar confusas o incomprensibles por diversos factores que serían muy difíciles de interpretar ante la permisión de prueba de referencia.

• ***Sinceridad:***

La insinceridad es el más subjetivo de los riesgos ante la permisión de la prueba de referencia y por tanto, el más difícil de revelar, riesgo que se pretende evitar mediante la exigencia del juramento cuando el testigo se siente en la silla testifical en juicio.

10 Cfr. Vélez Rodríguez, E.: La Prueba de referencia y sus excepciones…, p. 12

El mundo de posibilidades para la insinceridad es tan amplio como la conducta humana, por ejemplo: lazos de parentesco o amistad, intereses económicos, lealtad, gratitud, oferta de inmunidad, temor, intimidación, etc.

La insinceridad de los testigos puede considerarse como una consecuencia del propio sistema adversativo, pero que sin embargo, la parte afectada puede evidenciar mediante el ejercicio del contrainterrogatorio, particularmente con la impugnación por parcialidad, cosa que con la prueba de referencia resultaría imposible.

4.- Concepto de declaración extrajudicial como prueba de referencia

Prueba de referencia: es una declaración que hace una persona distinta a quien percibió directamente el hecho y que se realiza en juicio por un declarante, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

Es así, que la declaración de la prueba de referencia se caracteriza por ser extrajudicial, que como su nombre lo indica, es distinta a la que la persona declarante hace en juicio, derivado de la situación en la cual se produce, ya que el proponente ofrece como prueba una declaración que fue realizada en sede extrajudicial, como la realizada o bien por otro declarante, o por el propio declarante ante la autoridad ministerial o de policía de investigación, como entrevista en actos de investigación.[11]

Podría decirse que en la prueba de referencia, están envueltos dos testigos, en donde el primero cumple con las tres condiciones ideales para la presentación de testimonios, pero netamente informa sobre lo que un segundo testigo le dijo. El segundo testigo es el declarante extrajudicial, cuya declaración no fue prestada de conformidad con las condiciones ideales pero contiene la información esencial. Lo que resulta determinante es que el segundo testigo y quien presentó la declaración extrajudicial, no ocupa la silla testifical en juicio. Luego entonces, tal ausencia del testigo en la silla testifical en juicio, hace imposible que pueda estar sujeto a las condiciones ideales. Con lo cual se le priva al juzgador de poder valorar debidamente la credibilidad que merece el declarante, y por ende su declaración, haciendo evidente el grave problema que presupone la prueba de referencia.[12]

11 Cfr. Vélez Rodríguez, E.: La Prueba de referencia y sus excepciones…, p.256.

12 Cfr. Vélez Rodríguez, E.: La Prueba de referencia y sus excepciones…,p. 19.

No obstante los graves problemas que implica la prueba de referencia, por no ser confiable, en ocasiones su exclusión tiene como consecuencia que no se tome en cuenta una prueba con alto valor probatorio, haciendo evidente el conflicto con el principio general de búsqueda de la verdad o esclarecimiento de los hechos.

Por otra parte, la doctrina norteamericana hace perfectamente admisible la prueba de referencia en dos circunstancias que no están relacionadas con la verdad o falsedad del hecho, sino para: 1) acreditar el efecto de la declaración en quien la escuchó y 2) para acreditar el estado mental de quien la hizo, lo cual es perfectamente válido. Me explico, en el primer supuesto, el proponente puede ofrecer la declaración para probar el efecto que éste tuvo sobre quien la escuchó, para lo cual no es pertinente que la aseveración haya sido verdadera o falsa. Frecuentemente, el efecto de la declaración es pertinente para explicar la conducta subsiguiente de quien la escuchó. Es decir, para el proponente, la declaración y su contenido, posee valor probatorio que es independiente de su verdad o falsedad. Así, prueba respecto al contenido de la declaración constituye prueba circunstancial del efecto que tuvo sobre quien la escuchó o la leyó, razón por la cual al proponente no le interesa probar que la declaración es cierta o falsa.

• El efecto en quien escuchó

En este sentido, la declaración tiene valor probatorio independiente, por el solo hecho de haberse proferido. Tal y como pudiera ocurrir, por ejemplo, en el caso de que un agente de la policía declare que recibió una llamada de una mujer, quien le dijo que se encontraba en peligro por agresiones de su esposo Juan Pérez, razón por la cual el agente de la policía se trasladó al lugar a donde le dijo la mujer que se encontraba. En este sentido, la declaración tiene valor probatorio independiente, por el solo hecho de haberse realizado. El argumento sería en el sentido de que el agente hubiera ido al lugar a investigar, independientemente de la verdad o falsedad de que la mujer sufría agresiones por parte de Juan Pérez, por tanto el proponente ofrece la declaración, con el propósito de que se infiera de la misma, la razón por la cual el agente fue al lugar de los hechos, y no de que la mujer era agredida por Juan Pérez.

• El estado mental del declarante

En sentido análogo, una declaración extrajudicial puede emplearse con el propósito circunstancial de probar el estado

mental de quien la hizo. El contenido de una declaración permite al juzgador inferir determinado aspecto del estado mental del declarante como por ejemplo, el conocimiento de un hecho, razón para incurrir en determinada conducta y el temor, la cordura o la falta de ésta. Al igual que en la modalidad antes discutida, el proponente no ofrece la declaración con el propósito impermisible de probar su verdad o falsedad, sino con el propósito de probar el estado mental del declarante.

El profesor Chiesa cita el tradicional ejemplo del declarante que afirma ser Napoleón. Tal aseveración se ofrece mediante el testimonio de alguien que la escuchó, con el propósito de permitir al juzgador inferir un aspecto del estado mental del declarante: su falta de cordura. Tal estado, indica el citado autor, "puede ser pertinente para muchos fines jurídicos.[13]"

II.- Excepciones a la prueba de referencia

1.- El razonamiento para las excepciones a la regla de prueba de referencia: la garantía circunstancia de fiabilidad y la necesidad[14]

Esencialmente, las excepciones se han desarrollado en la normativa jurisprudencial de una manera gradual. En su desarrollo, las excepciones ponen de manifiesto un aspecto de la metodología asociada con el *Common law:* los pronunciamientos de tribunales apelativos constituyen la base original de la doctrina. En gran medida, las excepciones han tenido como base, o bien las consideraciones en torno a las circunstancias en las cuales la declaración se prestó, o respecto al estado o condición mental del declarante al momento de prestarla. Sobre estos dos elementos, por tanto, es que la doctrina ha razonado el criterio de las garantías circunstanciales de fiabilidad.

Consideraciones de praxis han estado presentes en la configuración de las excepciones. La aplicación absoluta de un principio conduciría a la exclusión de prueba confiable y, eventualmente, al empobrecimiento del cometido de juzgamiento, ya que reduciría el universo de prueba para poder ser valorado.

13 Cfr. Chiesa E. L.: Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. Publicaciones JTS, Luiggi Abraham-Editor. Estados Unidos de Norte América. 2005. p. 623.

14 Cfr. Vélez Rodríguez, E.: La Prueba de referencia y sus excepciones…, pp. 47y ss.

Además, téngase en cuenta el supuesto de necesidad en el cual se colocaría al proponente para poder esclarecer los hechos.

Estas consideraciones de praxis han llevado a los tribunales apelativos en el *Common law* a reflexionar respecto de lo oneroso del efecto excluyente de la regla de prueba de referencia que, en principio, afecta no sólo al proponente sino, en última instancia, al fin último del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad. Es con motivo de la dicha práctica procesal que la doctrina desarrolla dos criterios fundamentales de confiabilidad y necesidad, en torno a los cuales se ha razonado las excepciones a la regla de prueba de referencia.

Así, en primer lugar, la confiabilidad de una declaración puede ser avalada a través de factores denominados garantías circunstanciales de confiabilidad que en una declaración, si faltan, constituyen por lógica la razón de su falta de confiabilidad; sin embargo, en determinadas categorías de excepciones, la doctrina considera que la confiabilidad no es suficiente por sí sola para justificar la admisibilidad de una declaración extrajudicial, sino que además el proponente tendrá que demostrar la necesidad que tiene de recurrir a la prueba de referencia.

Así en el derecho probatorio, el concepto de necesidad es un referente a las situaciones de índole fáctico que impiden al proponente presentar la prueba testifical, la cual posee valor para probar la cuestión de hecho prevista. Con frecuencia las razones de impedimento son de naturaleza física, tal es el caso del declarante que no comparece a juicio por razón de enfermedad, tratamiento, reclusión, distancia o, en su caso más radical, por fallecimiento.

El motivo de necesidad que con mayor frecuencia se invoca es el referente a la no disponibilidad del declarante para prestar su testimonio. La indisponibilidad de éste obliga al proponente a acudir como vía de excepción a la prueba de referencia, como forma de sustituir su testimonio.

A.-La confiabilidad de la aseveración: Criterio de garantías circunstanciales

Tienen garantías circunstanciales de confiabilidad declaraciones que por la forma o circunstancias en las que se producen, entrañan una relativa ausencia de uno o más de los riesgos asociados con la prueba de referencia; esto es, percepción, memoria, narración y sinceridad.

Si se considera la premisa para el efecto excluyente de la regla

de prueba de referencia -su falta de confiabilidad- tiene sentido plantear la inaplicabilidad de la regla y de su efecto, cuando los riesgos asociados con dicha prueba se han reducido. Tal es el caso, por ejemplo, de la excepción de declaración en peligro de muerte. En ella, según el razonamiento en la doctrina, las circunstancias que rodean la declaración inducen al declarante a ser veraz y, con ello, a reducir el riesgo de la falta de sinceridad.

De igual forma, también resulta indicativo de la confiabilidad de una declaración la presencia de una o más de las condiciones ideales que tradicionalmente se han exigido para la prestación del testimonio en el sistema de adversarios: el juramento, la confrontación (contrainterrogatorio) y la observación directa del comportamiento por el juzgador.

La excepción del testimonio anterior sirve de ejemplo. Esta excepción contempla la admisibilidad de un testimonio prestado en otro juicio, vista o deposición en el cual la parte contra quien se ofrece tuvo la oportunidad de examinar al testigo. Se cumple así con la presencia de las condiciones del juramento y la confrontación, aunque también a destiempo, ya que el juzgador ante quien se ofrece no tiene ante sí al declarante, quien por exigencia de la propia excepción debe encontrarse indisponible.

B.- La necesidad del proponente: el criterio de la indisponibilidad

En el derecho probatorio norteamericano, el criterio de necesidad se suele plantear en función de la perspectiva de la parte proponente. El proponente del medio probatorio, se dice, recurre a la prueba de referencia, ante la imposibilidad de producir otra prueba más confiable, esto es, al declarante como testigo en el juicio. Dicha parte desearía poder presentar al declarante como testigo, pero la indisponibilidad de éste lo hace imposible, por lo que debe recurrir a la prueba de referencia. En pocas palabras, el proponente se encuentra en un dilema, por un lado se trata de escoger entre prueba que no es la mejor, contra la ausencia de prueba. En donde obviamente la respuesta sería la prueba de referencia, puesto que de los males, el menor.

Los litigantes, al organizar y planificar su prueba, tienen como una de sus consideraciones la realidad inexorable de lo que ocurre en la realidad de la vida diaria, particularmente el pasar del tiempo. Las personas -en concreto, los declarantes y testigos- desaparecen, se enferman, pierden la memoria, envejecen y mueren; para un litigante, sin

embargo, el proceso judicial, al igual que el espectáculo de Broadway, sigue su marcha.

El derecho probatorio en el *Common law* ha desarrollado a lo largo de muchos años principios que sirven de atenuante a la necesidad del proponente de producir alguna prueba para establecer el hecho deseado, claro está, eliminando el supuesto en el que el proponente haya sido quien gestó o causó la necesidad.

En materia de prueba de referencia una modalidad común del criterio de necesidad suele manifestarse en función de la indisponibilidad del declarante/testigo. Mueller y Kirkpatrick señalan cómo la indisponibilidad representa un tipo de necesidad, la cual es una de las dos bases tradicionales para las excepciones a la regla de prueba de referencia.[15]

En el esquema de prueba de referencia, y en el contexto de indisponibilidad, el mismo testigo indisponible es a su vez, declarante en función de su declaración extrajudicial que se pretende ofrecer. El proponente, quien tenía previsto presentar el testimonio del ahora testigo indisponible, puede ofrecer la declaración extrajudicial de este, en el supuesto de que pueda cumplir lo dispuesto en alguna de las excepciones pertinentes.

No se entenderá que una persona declarante está no disponible como testigo, si ello ha sido motivado por la gestión o conducta de quien propone la declaración con el propósito de evitar que la persona declarante comparezca o testifique.

Este tipo de excepciones en el derecho norteamericano, representan una modalidad particular de estudio de prueba de referencia; ya que constituyen la única categoría de excepciones en la cual es necesario realizar una demostración respecto a la indisponibilidad del declarante para que éste preste de viva voz su testimonio en juicio, como condición precedente a la admisibilidad. El peso de la prueba para demostrar dicho criterio, descansa en la parte proponente, es decir, la que pretende que se incorpore la declaración extrajudicial del declarante bajo esta excepción [García Martínez & City and Country of Dember]. No obstante, es de destacarse la posibilidad de que el proponente de la prueba sea quien haya motivado la indisponibilidad del declarante, como por ejemplo el supuesto no muy alejado de nuestra realidad, en donde el agente del Ministerio Público ha librado una orden de

15 Cfr. Muller K. B. & Kirkpatrick, L. C.: Evidence. Aspen Publishers. Quinta Edición. Estados Unidos de Norte América. 2012. p. 899.

aprehensión en contra del testigo estrella de un caso, supuesto en el que evidentemente el testigo no se presentará por temor a ser aprehendido. Este es uno los problemas más graves de la prueba de referencia, ante la indisponibilidad del testigo, que tiene como consecuencia la anulación de la confrontación o contradicción, uno de los principios más importantes de nuestro sistema penal, plasmado en la Constitución en su artículo 20 ya mencionado.

2.- Causas de indisponibilidad

La doctrina norteamericana prevé diversas causas para la indisponibilidad del declarante a efecto de que rinda su testimonio en juicio, teniendo en cuenta que se considera como "indisponibilidad" todo lo que no sea culpa del proponente, que como cuestión práctica impida al testigo presentarse a juicio y declarar, por lo que solamente cuando el proponente ha causado la indisponibilidad del testigo, o cuando no ha realizado los esfuerzos suficientes para citarlo a comparecer, es que no se le va a permitir aprovecharse de las excepciones a la regla de prueba de referencia.

- **El declarante está exento de testificar por razón de un privilegio reconocido por el tribunal.**

- **El declarante rehúsa testificar.** Insiste en no testificar en relación con el asunto u objeto de su declaración a pesar de la orden del tribunal para que lo haga, y la amenaza de la aplicación de una sanción por desacato.

- **El declarante manifiesta no recordar nada sobre el asunto u objeto de su declaración,** no obstante se le aplique en varias ocasiones el ejercicio de apoyo o refresco de memoria, si el declarante insiste en no recordar.[16]

- **El declarante ha fallecido o está imposibilitado a poder comparecer por razón de enfermedad, impedimento mental o incapacidad para declarar en juicio,** esto es no disponibilidad de la persona testigo.

- **El declarante está fuera de la vista**, requiere que el

16 Cfr. Chiesa E. L.: **T**ratado de Derecho Probatorio …,p. 725.

proponente de la declaración haya desplegado diligencias para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

• El declarante no está disponible por conducta indebida de la parte contraria.

En razón del tema que se analiza, me limitaré a analizar únicamente las dos últimas causales de excepción a la regla de prueba de referencia, al ser éstas las que contempla el ya mencionado artículo 386 del Código Adjetivo.

A.- El declarante ha fallecido o está imposibilitado a poder comparecer por razón de enfermedad o impedimento mental o incapacidad para declarar en juicio, (no disponibilidad de la persona testigo).

En este caso son dos los supuestos que motivan la indisponibilidad del declarante. El primero es el fallecimiento, que es la forma más radical de indisponibilidad y por tanto, la forma más sencilla para el proponente de acreditar la misma ante el tribunal.

En los supuestos de impedimento mental o incapacidad para declarar en juicio, el tribunal tendría que analizar rigurosamente la situación en la cual los criterios de duración, condición y gravedad de la enfermedad o incapacidad del testigo, resultaran ser determinantes para la procedencia de la indisponibilidad, y por tanto para de dicha causal sea aplicada como excepción.

B.- El declarante esta fuera de la vista

Requiere que el proponente de la declaración haya desplegado diligencias para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

Si bien este caso no se encuentra contemplado dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, haré un breve análisis al respecto en virtud de que antes de la entrada en vigor del Código Nacional, algunos códigos procesales contemplaban este supuesto, como lo fue el caso del artículo 374 del Estado de México.

Incorporación de registros de actuaciones anteriores. "Artículo 374. Podrán incorporarse al juicio oral, previa su lectura o reproducción, los registros en que consten diligencias anteriores, cuando:

I. Existan testimonios y dictámenes de peritos que se hayan recibido conforme a las reglas de la prueba anticipada, sin perjuicio de que las partes exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; y

II. Las partes lo soliciten y el juez lo estime procedente, por lectura o reproducción del registro respectivo, en la parte conducente:

a) ...

b) ...

c) ...

d) Las declaraciones de coimputados, testigos o peritos que hayan fallecido, perdido la razón o la capacidad para declarar en juicio, estén fuera del país, ***se ignore su residencia actual y por eso no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado.:"***

…

El supuesto no exige al proponente explicar o demostrar la razón para la indisponibilidad del declarante, ya que se reconoce la dificultad que engendra para el proponente poder explicar la motivación o razonamiento del declarante para no comparecer. La razón para la incomparecencia del declarante puede ser tan válida como la propia conducta humana, por ejemplo, que se encuentre en tratamiento médico, recluido en un penal, haya salido de viaje, etc; lo que esta modalidad exige en comparación con otras es que el proponente debe demostrar que ha desplegado las diligencias suficientes para conseguir la comparecencia del declarante a juicio, ya que con ello podrá demostrar que la incomparecencia del testigo no fue por su culpa o negligencia. Es decir, se requiere cuando menos que demuestre que ha realizado un esfuerzo de buena fe para lograr la comparecencia, puesto que se trata de una excepción cuya base se encuentra en el criterio de necesidad; a diferencia de los demás supuestos, en los cuales la razón para la indisponibilidad es manifiesta, y en el supuesto que se analiza solamente hay que acreditar la ausencia del declarante, no obstante haberlo llamado y buscado en diferentes lugares y con diferentes métodos; es decir,

el tipo de gestión que se realice, dependerá del contexto particular del caso, que satisfagan el acreditar las diligencias desplegadas respecto a la citación.[17]

Indica en este sentido el profesor Chiesa que el criterio rector será la razonabilidad de las medidas tomadas por el gobierno para lograr la comparecencia del declarante. Por ejemplo, en Pueblo & Pelloot Pérez, el tribunal supremo entendió que el ministerio público satisfizo dicho criterio, al señalar que el testimonio ausente fue debidamente citado por el tribunal para el día del juicio y, al no comparecer, el juez ordenó su arresto por desacato en dos ocasiones. El fiscal también presentó pruebas sobre las cuestiones infructuosas realizadas por el alguacil del tribunal y la policía para localizar al testigo. Quedó demostrado que la comparecencia del testigo no se pudo lograr por medio de citación del tribunal u otros medios racionales, y el pueblo, realizó un esfuerzo de buena fe para lograr su comparecencia.[18]

Si bien es cierto, que esta excepción a la regla de prueba de referencia que anteriormente contemplaban algunos códigos procesales de corte acusatorio en el país, (antes de la entrada en vigor del código nacional) era permitida. En la práctica generó graves problemas, en virtud de que el ministerio público, faltando a su deber de lealtad y buena fe, en realidad no hacía el menor esfuerzo en buscar y presentar a los testigos, o bien, por causas atribuibles a éste las personas no comparecían y se escondían, tal es el caso de intimidaciones o porque en realidad el testigo había sido manipulado para falsear sus declaraciones y prefería desaparecer. Por lo tanto, considero que fue adecuado no incluir este supuesto de excepción dentro de nuestro código nacional, en virtud de que a nuestro ministerio público le falta mucho para tener un comportamiento ético y conducirse con lealtad y buena fe.

C.- Declaración en peligro de muerte

Este supuesto no se encuentra expresamente contemplado en el código nacional, pero se entiende que se aplica la excepción a la regla de exclusión, y por tanto se da por admitido un testimonio de referencia en estas circunstancias en caso de que ocurriese, siempre y cuando el testigo haya fallecido.

17 Cfr. Weinsteins J.B, Berger M.A.: Matthew Bender. Weinstein´s Evidence Manual. Sec 17.01. Estados Unidos de Norte América. 1997.p. 26.

Cuando el declarante no está disponible como testigo, es admisible a la excepción de regla de exclusión de prueba de referencia, siendo su declaración admisible cuando creía estar en peligro de muerte inminente, si la declaración se relaciona con la causa o las circunstancias de los que creyó era una muerte inminente.

Esta excepción está fundada en motivos de confiabilidad y necesidad, es decir, la excepción tiene como premisa el alto grado de confiabilidad que supone una reducción respecto al riesgo asociado con la falta de sinceridad. El argumento en sus orígenes, conforme al derecho norteamericano, está basado en consideraciones religiosas y metafísicas, teniendo como premisa la idea que una persona no va a morir con una mentira en su boca, estas consideraciones metafísicas y religiosas se han plasmado incluso en jurisprudencia norteamericana; por ejemplo en 1934, el Supremo Tribunal de Puerto Rico, hizo referencia a la condición de articulo mortis, como un momento tan solemne como si estuviera listo de responder de sus actos ante Dios [Pueblo & Mejias], atribuyendo algunos doctrinarios el fundamento de esta excepción a la tradición judeo-cristiana de la culpa y el perdón, ya que se supone que el momento de la muerte, es la última oportunidad de pedir perdón por los pecados, por lo que, dentro de este concepto religioso, las personas que se encuentran en ese trance, es muy probable que no mientan, lo que evidentemente es solo una creencia carente de toda base científica.[18]

Así, la admisibilidad de declaración de un moribundo a través de otra persona, tiene además el aval del criterio de necesidad, ya que la muerte del declarante priva al promovente, no solo de practicarle al declarante directamente el acto de investigación de la entrevista, sino de tener acceso a otra prueba respecto a los hechos relacionados con la causa y las circunstancias de la muerte del declarante, por ejemplo: en el caso en que la víctima exprese lo que sucedió y quien se lo hizo al paramédico en el lugar de los hechos, al médico o sacerdote en el hospital o a cualquier otra persona antes de morir, sin tener la oportunidad de acudir ante la autoridad ministerial a presentar su entrevista, y mucho menos a la posibilidad de desahogar prueba anticipada, en términos del artículo 304 de Código Nacional de Procedimientos Penales. Se trata de cuestiones fácticas respecto a las cuales el proponente difícilmente pueda obtener prueba de igual o mayor valor probatorio, ya que de no admitirse por la regla de referencia, la declaración que a otra persona alcanzó a manifestarle el moribundo, se estaría privando al promovente de prueba, la cual al ser excluida sería inexistente,

18 Emmanuelli Jiménez, R.: Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño.. Ediciones Situm 3rd. Puerto Rico. 2010. p. 533.

y muchas veces se trata de la prueba más importante del caso, se trata básicamente de supuestos en que se impute alguna variante de homicidio, en las cuales en caso de que se excluyera la prueba de referencia, implica la pérdida de prueba valiosa o esencial para obtener un fallo condenatorio.

No obstante lo anterior, la propia condición del moribundo podría acarrear el riesgo de problemas asociados con percepción y narración, que tendrá que ser argumentado por la parte de la defensa, y por lo tanto desvirtuado en la medida de lo posible por el proponente.[19]

D.- El declarante no está disponible por conducta indebida de la parte contraria

Una declaración ofrecida contra una parte, será admitida como excepción a la regla de prueba de referencia, siempre y cuando se haya demostrado mediante prueba clara, robusta y convincente que la contraparte participó o consintió una conducta indebida con la intención de producir la indisponibilidad de la persona declarante como testigo en el juicio. Su fundamento no descansa en razones de confiabilidad, sino en un principio de equidad.

La excepción tiene como propósito desincentivar a las partes de incurrir en conductas indebidas encaminadas a causar la incomparecencia del testigo adverso, ya que la conducta de la partea quien perjudica el testimonio justifica la admisibilidad de la declaración, inclusive aunque dicha prueba de referencia carezca de garantías circunstanciales de confiabilidad, ya que la contraparte con su conducta indebida, ha justificado la confiscación de su facultad de invocar la regla de prueba de referencia. Por ejemplo, en el caso de diversos asuntos de delincuencia organizada, en que se ha tenido conocimiento de que los integrantes de dichos grupos delictivos han privado de la vida al testigo estrella de la fiscalía horas previas a su comparecencia en juicio, por lo que en dichos casos queda plenamente justificado el argumento del fiscal de que como el imputado había ordenado asesinar al testigo, la declaración era admisible, bajo la excepción de confiscación por conducta. Otro ejemplo es, en el derecho norteamericano la decisión Reynolds v. United States, a una situación de hechos en

19 Cfr. Jaffee, L.:The Constitution and Proof by Dead. El autor cuestiona las garantías circunstanciales de confiabilidad de las declaraciones del moribundo.

la cual se alegaba que el imputado, en un caso de bigamia, indujo a error a una empleada que intentaba localizar a su esposa para entregarle la notificación judicial de citación a audiencia de juicio, en donde el planteamiento fundamental de la doctrina adoptada, según se expone en el mencionado precedente, es en el sentido de que la Constitución no garantiza a una persona acusada contra las consecuencias de sus propios actos indebidos, haciendo con ello nugatorio la aplicación de los principios de contradicción e inmediación en su perjuicio.[20]

Se pueden englobar tres requisitos para la procedencia de ésta excepción, que son: acto ilegal, intención y causa. Esto es, en primer lugar, que la parte a quien perjudica el testimonio debe haber participado o consentido en un acto o conducta ilegal (no necesariamente delictiva, como podría ser la cohesión psicológica, dar información falsa al notificador para que no encuentre al testigo o inducir al error al testigo sobre la fecha o lugar del juicio) respecto al declarante, y que podrían ser desde el asesinato del declarante, tentativa, lesiones, extorsión, amenazas, engaños. En segundo lugar, dicho acto debe haberse realizado con la intención de causar la indisponibilidad del declarante y; en tercer lugar, el acto o conducta ilegal debe ser la causa de la ausencia del declarante en el juicio.[21]

El fin de esta regla de excepción no es hacer admisibles declaraciones con suficientes garantías de confiabilidad, sino más bien impedir que se salga con la suya la parte que provoca que un potencial testigo no testifique, especialmente los que intimidan con amenazas o violencia, puesto que nadie debe beneficiarse con una conducta indebida, por lo que es comprensible que se vea sacrificado el respeto a los principios de contradicción y mediación, que le asisten.[22]

El profesor Chiesa lo explica claramente al decir que la utilidad de la regla es en relación con declaraciones prestadas en la etapa de investigación del caso, que serían admisibles bajo esta excepción, cuando la no disponibilidad del declarante es el resultado de las gestiones de la parte contra quien se ofrece la declaración, tal es el caso de declaraciones o entrevistas hechas ante agentes de la policía, fiscales, amigos, conocidos o terceras personas.[23] Es importante

20 Cfr. Vélez Rodríguez, E.: La prueba de referencia y las reglas de evidencia..., pp.294-304.

21 Vid. in extenso Giles & California.

22 Vid. Tribunal Supremo de Puerto Rico.: Informe de las reglas de derecho probatorio, Secretariado del a Conferencia Judicial y Notarial Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007.

23 Crf. Chiesa E. L.: Tratado de Derecho Probatorio…,p.761.

destacar, que la doctrina requiere una demostración de que la conducta indebida tenía el propósito de causar indisponibilidad del declarante en la silla testifical, si la intención que tuvo el acusado al realizar la conducta indebida era distinta de la de causar indisponibilidad en el juicio (como disputa doméstica o celos), no se estaría cumpliendo con el requisito de intención necesario para activar la excepción de confiscación por conducta; por tanto, de admitirse la prueba de referencia, se estarían violando los principio de contradicción e inmediación, que son derechos de acusado para un debido proceso.

Conclusiones

Primera: En el sistema procesal acusatorio adversarial mexicano, se puede construir la exclusión de evidencia de referencia a un nivel constitucional con el principio de inmediación y contradicción. A nivel de Código Nacional de Procedimientos Penales, también hay diversos artículos que lo permiten; sin embargo, en cuanto a sus excepciones solamente podemos encontrar el artículo 386 en sus distintas fracciones.

Segunda: Para poder dar una interpretación y aplicación adecuada del artículo 386 del Código Nacional de Procedimientos Penales, no basta con la simple lectura o reproducción instantánea del registro, sino que tendrán que desahogarse, previo a la lectura o reproducción dos testigos, uno para probar la razón de la indisponibilidad, y otro propiamente de quien haya tomado la declaración de ahora no disponible.

Tercera: En el debate sobre la exclusión de la prueba de referencia, se deben analizar tres condiciones ideales para avalar la credibilidad de un testigo, que son: el juramento, la presencia del juzgador al declarar el testigo y la disponibilidad de este para ser contrainterrogado por las partes en el proceso.

Cuarta: Son los criterios de confiabilidad y necesidad, en torno a los cuales se razonan las excepciones a la regla de prueba de referencia. En casos como la no disponibilidad de la persona testigo por conducta indebida de la parte contraria, no trata de que el testimonio de referencia sea confiable, sino más bien de una sanción a la parte que causo la indisponibilidad; siempre y cuando se demuestre mediante prueba clara, robusta y convincente tres requisitos que son: acto ilegal, intención y causa.

Para efectos prácticos las conclusiones del presente artículo pueden citarse en el proceso penal, de la siguiente forma:

Excepciones a la admisión de testigo de referencia en el sistema procesal penal mexicano.

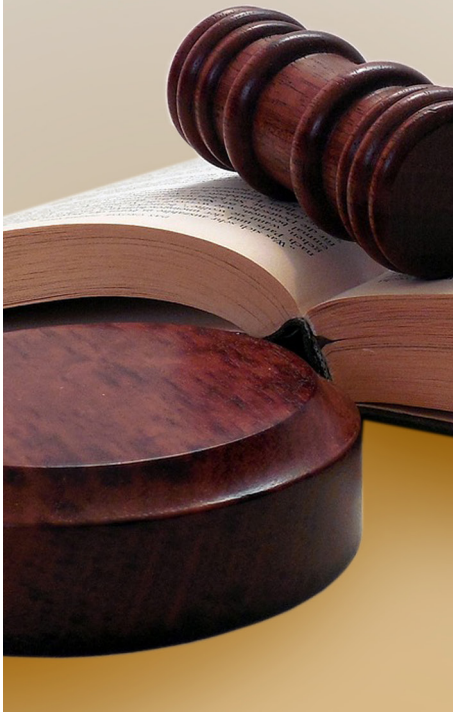
Los principios constitucionales y procesales de inmediación y contradicción, construyen las reglas de exclusión probatoria como los casos de excepción en que debe admitirse el testigo de referencia y el valor probatorio que este puede alcanzar.

Para la admisión probatoria del testigo de referencia debe justificarse el principio de necesidad ante la imposibilidad material de que se presente en juicio el testigo – fuente original; para lo cual tendrán que desahogarse al menos dos pruebas, una para probar la razón de la indisponibilidad y otra de la persona que escucho a quien conoció los hechos de forma directa.

Admitida la prueba de referencia deben analizarse, el principio de confiabilidad del testigo indirecto con el resto de las pruebas que deben estar en el mismo sentido para que tenga efectos probatorios.

Actuar en contrario, implicaría un acto ilegal y su desahogo debe resultara estéril el cuento del cuento no sirve de prueba.

Artículo de la maestra Laura Rocío Torón Hernández.
Mentes Penales 2. Año III. Abril-mayo-junio. 2020.
Poder Judicial del Estado de Guanajuato.



Bibliografía

Alcántara Vázquez, I.: Aspectos generales y sistemas de valoración de la prueba. La Prueba en el Sistema Procesal Penal Acusatorio. Revista Nova Iustitia Digital de la Reforma Penal. México, V, No. 19, Mayo 2017.

Carlson Michie R.: Evidence. Estados Unidos de Norteamérica. 1997.

Chiesa E. L.: Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. Publicaciones JTS, Luiggi Abraham-Editor. Estados Unidos de Norte América. 2005.

Emmanuelli Jiménez, R.: Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño.. Ediciones Situm 3rd. Puerto Rico. 2010. p. 533. affee, L.:The Constitution and Proof by Dead.

Muller K. B. & Kirkpatrick, L. C.: Evidence. Aspen Publishers. Quinta Edición. Estados Unidos de Norte América. 2012.

Pérez Bustamante, C.: El Conde de Gondomar y su intervención en el proceso de prisión y muerte de Sir Walter Raleigh. Discurso leído en la Solemne inauguración del Curso Académico de 1928 a 1929 en la Universidad de Santiago de Compostela, España. 1929.

Tribunal Supremo de Puerto Rico.: Informe de las reglas de derecho probatorio, Secretariado del a Conferencia Judicial y Notarial Comité Asesor Permanente de Reglas de Evidencia, 12 de marzo de 2007.

Velayos Martínez, M. I.: El testigo de referencia en el proceso penal. España 1998. Ed. Tirant lo Blanch.

Vélez Rodríguez, E.: La Prueba de referencia y sus excepciones. Editorial InterJuris. Puerto Rico. 2010.

Weinsteins J.B, Berger M.A.: Matthew Bender. Weinstein´s Evidence Manual. Sec 17.01. Estados Unidos de Norte América. 1997.

Páginas Web

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm
https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx
https://www.ramajudicial.pr/sistema/supremo/Informe_Reglas-de-Derecho-Probatorio-2007.pdf

ESIJ

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN JUDICIAL

PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

UNIDAD ACADÉMICA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS